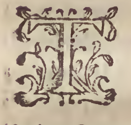
POR
DON FRANCISCO FERRETE, COMO MARIDO DE DOÑA AGVSTINA DE SOLIS;
EN EL PLEYTO
CON
El Contador Francisco de Vergas Solis; y Christoual Perez de Herrera, como marido de Doña Ana de la Cadena.



RES Pleytos estàn acumulados, y todos se han de resolver con vna determinacion; y para la inteligencia dellos se supone, que por el año passado de 625. el Cabildo de la Santa Yglesia otorgó escritura en fauor del dicho Contador, y de doña Agustina su hija; en la qual se dize; Que por quanto Nicolas Ycardo tenia de por vidas las casas, sobre q̃ es este pleyto, cuya propriedad es del dicho Cabildo, y de su consentimiẽto se auian dado al dicho Contador por su vida, y la de vna hija suya, corrientes, con obligacion de q̃ gastasse 500. ducados; y despues el dicho Contador auia pretendido, q̃ auia gastado mas cantidad, y q̃ se le aumentasse otra vida mas, y que el Cabildo se la auia aumentado, con q̃ dentro de dos meses, despues de la muerte de la primera vida se auia de nombrar la segũda, para que corriessen juntas a la par: y en conformidad desto el dicho Cabildo dio al dicho Contador, y a la dicha doña Agustina las dichas casas por sus vidas corriẽtes, y por otra vida mas, q̃ se auia de nombrar despues de muerta la vna de las dos primeras dentro de dos meses; y el dicho Contador aceptó esta escritura, y dize lo acepta por si, y por la dicha doña Agustina su hija, prestando voz, y cauciõ de rato por ella, y recibió las casas por las dichas tres vidas, la suya, y la de la dicha D. Agustina su hija corrientes: y la

tercera, y dize. *La que el vltimo q̃ de nos quedare gozando las dichas casas, nombrare dentro de los dos meses, como el primero de nos fuere fallecido, y se obliga, y a la dicha su hija de pagar la rẽta al señorio, y de labrar, y reparar las dichas casas y cumplir las demas condiciones del contrato.*

Esto supuesto por el mes de Mayo del año de 637. el dicho Cõtador puso demanda, diziendo, q̃ auia vn año que tenia en su casa al dicho Francisco Ferrete, sin pagar, ni obligaciõ alguna, y q̃ aũq̃ le auia dicho saliesse de su casa, no lo hazia, q̃ le le apremiara a q̃ saliesse della. A que se respondio por D. Frãcisco, q̃ las casas eran suyas, y de su muger, conforme a la escritura de arrendamiento, que està referida, y q̃ corrian por su vida, y que estaua obligado a pagar la renta al señorio, y que assi no podia ser echado de la casa, y que el dicho Contador auia nõbrado a su hija, con que era visto hazerle gracia, y donaciõ de la casa; demas de que despues desto el mismo le persuadio, que le fuesse a viuir a ella, y q̃ viuiria en ella toda su vida, y q̃ nũca le echaria. Sobre esto se hizieron largas, y copiosas probanças, y este pleyto se quedó por determinar.

Despues en Iulio del mismo año de 637. Doña Ana de la Cadena intentò otra demanda contra el dicho D. Francisco Ferrete, y su muger, diziendo, que quãdo ella se casò con don Diego de Sauariego, el dicho Contador su padre le prometiò en dote las mejoras de las dichas casas, estimadas en mil ducados, y que cõ este titulo las auia posseydo su marido della, y q̃ cõuenia a su derecho se le diesse la possessiõ judicial de las dichas casas, y se le dio; a la qual salio contradiziẽdo el dicho D. Frãcisco, y su muger, por dezir, que ellos estauã posseyendo en virtud de la escritura de dacion, que està referida; y que la dicha doña Ana no tenia ningũ derecho en las dichas casas, ni le podia tener, por q̃ por la escritura de dote, en que se fundaua, no cõstaua q̃ se le huuiessen dado las dichas casas, sino solo mil ducados en la mejora dellas; y que deste derecho estaua pagada bastantemente, porque su padre le auia dado mucha mas cantidad, porque despues de viuda la auia alimentado muchos años, gastãdo con ella mas de 500. ducados cada vn año, y auia seguido dos pleytos Eclesiasticos, vno de diborcio, y otro de nulidad de matrimonio de la susodicha, q̃ auian sido muy largos, y costosos. Sobre esto tambien se hizieron copiosas probanças, y huuo auto en que se mandò dar la possessiõ a la dicha doña Ana pro indiuiso de las dichas casas; del qual se apelò por el dicho don Francisco a la Real Audiencia, y alli se quedó el pleito.

Aora por Febrero del año passado đ 1641. el dicho Cõtador Frãcisco de Vergas

de Vergas Solis hizo donació a la dicha D. Ana de las dichas casas, y sus mejoras, y a Cristoual Perez de Herrera su tercero marido, y en virtud della pidio se le diesse possession de las dichas casas, y se le dio: la qual salio contradiziendo el dicho don Francisco Ferrete, por las alegaciones referidas, y pidio se acomulassen todos estos pleitos, y se acomularon.

Y despues el dicho Christoual Perez de Herrera hizo otro pedimiento, pidiédo fuesse condenado el dicho dō Francisco Ferrete, y su muger a que pagassen la renta de las casas del tiēpo que las auian viuido, porque el dicho Contador auia pagado, y lastado por ellos al señorio.

A que se respōdio por D. Francisco Ferrete, que quando el dicho Contador le pidio se fuesse con el a viuir, las dichas casas se las auia ofrecido de valde, y q̄ viuiria en ellas todos los dias de su vida, sin que le costasse nada, y que el susodicho, y su muger lo aceptaron, y agradecieron; y mediante esto dexaron la casa que tenian arrendada, y se fueron a viuir con el dicho Contador: y sobre esto tambien se han hecho cōcluyentes probanças, y el pleyto està concluso sobre todo.

Supuesto q̄ el derecho en que se funda D. Ana de la Cadena, assi el q̄ deduxo al principio, como el que aora deduze procede del que le à dado el Contador Frācisco de Vergas, probando como probaremos, que el no pudo, ni puede hazer contrato alguno en perjuyzio de doña Agustina, no solamēte quedarà excluydo el derecho del dicho Cōtador, sino el de la dicha doña Ana.

Que el Contador Francisco de Vergas no pudo hazer contrato en que perjudique a D. Agustina.

TOcada es la quèstion, vtrùm si el padre que recibe el emphiteusim pro se, & filijs, puede hazer contrato, por el qual perjudique a los hijos en el derecho de suceder, y gozar del emphiteusis? y aunq̄ algunos han hecho diferencia entre la emphiteusis antigua, y la moderna, diziendo, q̄ en la antigua no puede el padre perjudicar al hijo, porque no la recibe ab ipso patre, sed à primo concedente; y en la moderna puede perjudicarle; mayormente quando el padre adquiere la emphiteusis, vel ex sua pecunia, vel ex eius contemplatione.

Sin embargo, la verdadera resolucion es, que siuè sit emphiteusis antiqua, siue moderna acquisita intuitu patris, no puede perjudicar al hijo, siendo emphiteusis de pacto, & prouidentia, quia tunc no recibe el hijo la emphiteusis ab ipso patre, sed à concedente, y entóces se dize, que es de pacto, y prouidencia quando se concedio expressamente para el

ra el hijo nomine proprio, vel nomine collectiuo, dũmodo veniat certificãdus, porq̃ de semejante nõbramiento se le adquiere derecho al hijo irreuocable, q̃ no se le puede quitar el padre, *ita in specie tradit latè Brito de locato, omnino videndus, in cap. potuit, §. 3. n. 3 & n. 6.* donde dize: *Quod tũc dicitur emphyteusis ex pacto, & prouidẽtia, quãdo exprimitur nomẽ propriũ filij, vel æquipollens, veluti si accipiatur emphyteusis pro se, vxore, & filio Petro, vel filio nascituro masculo, latè, & copiosè Valasco de iur. emphyteut. vidẽdus etiã quæst. 49. n. 6. vsque 11. vbi ait: Quod si in emphyteusi sit nominatus aliquis filius, vel filij proprio nomine, & emphyteusis pro eo, vel illis stipulata tunc non poterit pater illis præiudicare, tradit etiam Iulius Clarus, verbo emphyteusis, q. 16. & verbo feudum q. 41. Gamm. decis. 5. p. 1. n. 7. vbi ait: Quòd per stipulationẽ factam à patre pro filio nominato adquiritur ius vtile filio, adeò quod pater non possis ei præiudicare, & decis. 8. nu. 1. vbi additio Flores de Mena plures allegat, & decis. 151. per totam, latè tradit, & cõprobat Phæbus decis. 187. nu. 5. cum seqq. tom. 2. Minsingerius obseruat. 66. cent. 3.* donde disputa si el padre podrá prejudicar al hijo en la emphiteusis, no pagando el canon, y resuelve, q̃ si el padre recibió el emphiteusis pro se, & filijs, vt hæredibus les prejudica; pero q̃ si la recibio pro filijs, vt filijs, no les puede prejudicar, y esto no tiene duda quãdo recibió pro tali filio expresso nomine, quia tũc nõ vt hæres, sed vt filius fuit stipulatus, argum. tex. *in c quoniã Abbas de officio, & potest iudicis deleg. Barb. in l. quæritur tale ả n. 3 ff. solut. matr. Bart. in l. qui liberis, § hæc verba, n. 4 cũ seqq. ff. de vulgari, & pupill. subst.* Y quando fue el hijo especialmente nombrado, etiam aunque el padre adquiriesse el emphiteusis con su dinero, nombrando al hijo, fue visto hazerle vna tacita donacion, *vt considerat Valascus dict quæst. 49. n. 7.* y auiẽdo en virtud della tradiciõ, como aqui la huuo, pues oy se halla en la possession doña Agustina, se le adquiriò desde luego derecho irreuocable por el nombramiento, y quedó firmè, e invariable, *ita tradit Caldas Pereyra de nominat. q. 10. num. 84.* aunque ya por la ley 17. de Toro vale la donacion entre padre, y hijo irreuocabiliter, auiendo entrega, con que quedó corregida la disposicion de derecho comun, *vt aduertit Antonius Gomez in dict l. 17. num. 4. in fin.*

Demas de que aqui no solo huuo vna donacion, que fue la primera en el contracto de dacion, sino otra despues de casada doña Agustina, en cuya virtud la lleuó a su casa, donde ha estado hasta aora, y esta no pudo tener ninguna prohibicion, pues ya estaua fuera de su potestad entonces, y por lo menos obró confirmacion, y aprobacion de la primera.

De esto resulta, que el Contador Francisco de Vergas por si no tiene ningun derecho para quitarle estas casas a doña Agustina, ni puede prejudicar,

judicarle,sin que obste dezir,que no la nombró para que gozasse,sino solo para que corriesse por ella la vida; porque esto es cótrario a lo que cósta por la escritura, donde expressamente se dize, que à de gozar ella de vna de las dos vidas corrientes, y se obliga a pagar la renta, y a cumplir las condiciones del contrato;y esto ya se vè,que es correspectiuo del gozo;demas de que ygualmente recibieron,y se obligaron ella,y el Contador su padre.

Tambien resulta, que no solo no puede prejudicar a D. Agustina en su vida,pero no puede tampoco nombrar desde aora en la tercera vida, porque este nóbramiéto lo à de hazer el vltimo de los dos que quedare viuo; y asi no se puede preuenir por ninguno, porq̃ es en perjuyzio del otro, y se à de verificar la condicion primero, hoc est, de que sea el vltimo que quedare para nombrar,vt probatur ex textu *in l. vnum ex familia, §. rogo, & §. à filia, ff de legat. 2. vbi notatur, quod non post electio cum effectu fieri ante tempus. Valascus consultat.* 102.*num.* 17.vbi ait:*Quod ex præuentione electionis si valeret irreuocabiliter sequeretur præiuditium eis, qui tempore mortis reperiuntur, latissimè Surdus cons.* 264.*num.*24.*tom.*2. *Peralta in l. cum pater, §. à filio, numer. 6. ff. de legat.* 2. Y estas doctrinas proceden quando la eleccion la hizo aquel a quien se cometiò la facultad de elegir, y solo preuino el dia; pero en los terminos deste pleyto elige,y nombra quien no puede elegir;porque esta facultad no se concedio al Contador,ni a su hija,sino al vltimo dellos que quedare viuo,y esta es condicion que se ha de verificar (como esta dicho.) Y supuesto que el Contador Francisco de Vergas no puede perjudicar a su hija, la demanda que el le puso no tiene fundamento alguno, ni el tiene derecho para echarla de su casa,y mucho menos confessando(como confiessa en su primero pedimiento)que auia mas de vn año que viuia en su casa sin pagar nada; con que se prueua bien la entrega en execucion del mismo contrato de dacion.

Y tampoco tiene derecho alguno doña Ana de la Cadena, pues se funda en el que le ha dado el Contador su padre, y pues el no le tiene, no puede ser de mejor calidad en la persona de su hija,que en el mismo: y para q̃ esto conste có mas claridad,discurriremos por todas las demandas que ha intentado en este pleyto doña Ana de la Cadena.

Excluyesse el derecho de Doña Ana de la Cadena.

LA Primera demanda que intentó fue pedir possession destas casas en virtud de la escritura de dote, que su padre le prometiò con don Diego de Sauariego, y esta se excluye facilmente, porque por la misma escritura cõsta, que no le dio su padre en dote las mismas casas, sino mil ducados en el valor dellas, y por esta promessa solo pudo quedar acreedora doña Ana de la Cadena de mil ducados contra los bienes de su padre, y contra las casas; pero no quedó dueño, ni este fue titulo habil para transferirle dominio dellas; y lo mas que pudiera pretender era executar los bienes de su padre, y auiendolo vencido por sentencia en virtud della pedir possession, y antes de hazer esta diligencia fue muy intempestiua la possession que se le dio, teniendola por dueño de las casas, en virtud de titulo de dote, pues conforme a el aun se puede dudar si tiene derecho de hipoteca en las casas, porque la obligacion del Contador fue de cantidad, y las casas se pusieron solo por demonstracion, y no quedaron afectas, aunque se consignaron los mil ducados en el valor dellas, *vt notatur in l. nihil proponi ff. de legat. 1. l. fin. §. fin ff. de contrahend. emptione, latè Perez de Lara de capellanijs cap. 2. lib. 1 per totũ, Surd. de aliment. tit. 4. quæst. 26. num. 5. Garcia de expens. cap. 4. num. 39.* y esto solo basta para excluyr el derecho de la dicha doña Ana.

Y quando lo referido cessara se excluye con otra excepcion peremptoria, que es que està pagada de toda la dote, y esto lo tiene probado concluyentemente don Francisco Ferrete, y suplicamos a V. m. se sirua de ver, y ajustar las probanças, que en razon desto tiene hechas.

Y se coadjuban con que nunca doña Ana de la Cadena ha pedido esta dote a su padre, y el auer salido intentando esta demando fue a instãcia de su padre, y para molestar al dicho Don Francisco Ferrete.

Finalmente ni por acreedora, ni por dueño destas casas D. Ana de la Cadena puede embaraçar la pretension del dicho Dõ Francisco Ferrete; porq̃ desde q̃ tomò estas casas el Cõtador de Nicolas Ycardo, las tomó para doña Agustina su hija, y se le adquirió derecho dellas; y esto se prueua por la relacion de la escritura de dacion, que està en este pleyto, en que se dize, que Nicolas Ycardo tenia estas casas de por vidas, y que de su consentimiento se auian dado al dicho Cõtador por su vida, y de vna hija suya corrientes, con obligacion de gastar 500. ducados, y auiendolos gastado pidio al señorio le aumentasse otra vida mas, y se le aumentó, suponiendo, que las dos vidas corrientes eran la del dicho Contador, y de la dicha doña Agustina; pues siendo como eran corrientes, es precisso que estuuiesse nombrada la susodicha; y assi su nombramiento no se hizo en esta vltima escritura, porque ya estaua hecho desde que dexò

las

las casas Nicolas Ycardo, y este derecho fue primero que la promessa de dote, pues por ella misma consta, que quando se obligó el dicho Cõtador ya tenia las casas, y quando las adquirió fue quando nació el derecho de doña Agustina, aunque huuiesse sido nombrada despues, porq̃ el nõbramiẽto se retrotrae al principio; *vt tradit Ramonius cons.* 85 *n.* 5. Y por lo menos no consta de lo contrario, y assi su nombramiento fue anterior a la obligacion de la dote, y no se le pudo perjudicar.

Y desto resulta, que se le hizo agrauio notorio en la sentencia en mãdarle dar la possession de las casas pro indiuiso a la dicha doña Ana de la Cadena, pues no tiene derecho alguno de acreedora, ni de dominio; y justamente pretendemos se ha de reformar esta sentẽcia, o por lo menos que no se haga caso della.

Reconociendo doña Ana de la Cadena el poco fundamento de la demanda de possession, que auia intentado, se ha valido aora de otro medio, que es de vna donacion, que le hizo el Contador del derecho que tiene en estas casas, nombrandola en la vltima vida, y en virtud de este titulo ha buelto a pedir otra vez la possession dellas, y justamente se ha contradicho por Don Francisco Ferrete, porque si el Contador no puede perjudicar a doña Agustina en estas casas, ni quitarle el derecho adquirido por su nombramiento, ni menos puede nombrar en la vltima vida, porq̃ es este derecho que toca al vltimo de los dos que quedare viuo (como se ha fundado) no tuuo derecho que transferir en doña Ana su hija, y la cession fue nula lite pendente, y para molestarle, y solo puede obrar en que por ella puede gozar de lo mismo que el dicho Cõtador goza durante su vida; pero no puede estender su efeto para despues della, en caso que premuera el dicho Contador, ex supradictis.

La tercera demanda, que ha intentado doña Ana, es pretender, que doña Agustina, y su marido don Francisco paguen la renta de la casa de todo el tiempo que han viuido en ella. Y esto tiene menos fundamento, porque està probado concluyentemente, que quando el Contador le pidio que fuesse a viuir a la casa, le prometio que viuiria de valde sin q̃ pagasse cosa alguna todos los dias de su vida; y esta promessa casi està confessada, y reconocida por el Contador en su primera demanda, porque en ella dize, que ha vn año que viue en las casas el dicho don Francisco sin pagar nada, y solo pide que se salga de la casa: y es depõderar, q̃ no pide que le pague la renta, y si se la deuiera, claro està, que quien le puso demanda por lo vno, se la pondria por lo otro, y como quiera que sea la promessa, y donacion està probada, y que se aceptò, y no ay cosa en contrario.

Y contra esto no obsta vna alegacion hecha por don Francisco Ferrete al principio deste pleyto, en que se allana a pagar la parte de la renta que le toca; porque esta alegacion no està firmada de don Francisco, ni fue hecha con su interuencion; y quando lo estuuiera no puede negar el la obligacion que tiene al señorio, pues su muger està obligada en la escritura; y este allanamiento se ha de entender en fauor del señorio, y no en fauor del dicho Contador, pues el estonces no pedia la renta, ni se litigaua sobre ello, y assi no huuo sobre que cayesse, y aora que pretẽde se la pague por auerla lastado, justamente se opone don Francisco, alegã do el pacto de no petendo, y lo tiene probado: con lo qual no le embaraça el allanamiento de su peticion, pues la confession hecha por su procurador, y Abogado, ni le puedẽ perjudicar; maximè no auiẽdola aprobado, *ex toto titulo, C. de errore aduocatorum*; y siẽdo hecha para otro fin, y en pleyto distinto *per textum in cap. inquisitionis de accusat. docet glossa in cap. ex pœnitentibus in fin. latè Marcilius in rubrica, C. de probat. num.* 88. *conducunt tradita per Surdum decis.* 309. Y esto procede con mas llaneza, siendo la alegacion peticion de excepciones, que oponia el dicho dõ Francisco Ferrete contra lo pedido por el dicho Contador, por lo que no le puede causar ningun perjuyzio al dicho don Francisco la dicha alegacion, *quia ea quæ in exceptionibus includuntur non videtur fateri excipiens, ex vulgari textu in l. non vtique, & ibi Bart. ff. de exceptionibus, & in l. siquidem, C. eod. tit. & in cap. cum venerabilis, extra de exceptionib. testatur de communi, Alexand. in l. decem, nu. 26. de verb. oblig.* Y assi se deue determinar como Don Francisco Ferrete pretende. Salvo, &c.

El Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.